

Weder revolutionär noch eine Besonderheit

Ibrahim Kanalan

2021-02-24T11:17:49

Der Berliner Gesetzesentwurf für eine bevorzugte Einstellung von „Menschen mit Migrationshintergrund“ im öffentlichen Dienst ist zwar vorerst [gescheitert](#), doch das Thema wird uns mit großer Wahrscheinlichkeit in den nächsten Jahren weiter beschäftigen. Die politischen und rechtlichen Kontroversen sind vorprogrammiert, denn solche Maßnahmen tangieren Ressourcen und Privilegien. Es geht um grundlegende Verteilungsfragen und -kämpfe und damit um Machtfragen und -kämpfe. Anders als pauschal behauptet, sind Fördermaßnahmen für Angehörige bestimmter sozialer Gruppen, die historisch und strukturell diskriminiert werden, nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, sondern auch internationalrechtlich verpflichtend.

Begriffe mit Defiziten

Im politischen und juristischen Diskurs werden zahlreiche Begriffe verwendet, die teils abwertend, teils ebenso unpräzise wie unzutreffend sind. Der Begriff „Migrantenquote“ trägt eine abwertende Konnotation in sich, der Begriff „positive Diskriminierung“ ist begrifflich widersprüchlich und dogmatisch inkorrekt. Eine Diskriminierung, auch eine positive, ist rechtlich unzulässig. Daher empfiehlt etwa CERD (UN-Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung), diesen Begriff zu vermeiden (etwa CERD, [Allgemeine Empfehlung Nr. 32](#)). Nicht weniger problematisch ist der Begriff „Menschen mit Migrationshintergrund“, auch wenn er zuweilen einfachgesetzlich legaldefiniert ist, wie etwa in [§ 2](#) des Berliner Integrationsgesetzes. Er entspricht nämlich explizit keinem Begriff im Antidiskriminierungsrecht auf nationaler oder internationaler Ebene und kann implizit mögliche Betroffene im Kern nicht zutreffend zusammenfassen. Einschlägige verfassungs-, europa- und internationalrechtliche normative Vorgaben zielen nicht in jeder Hinsicht auf den Schutz von Personen ab, die unter diesen Sammelbegriff fallen. Die einschlägigen Normen knüpfen zum einen an Merkmale an, die einer Person zugeschrieben werden, und zum anderen an die Diskriminierung als Resultat einer unzulässigen Differenzierung. Erst die Kombination kann rechtliche Folgen nach sich ziehen. Der Begriff „Migrationshintergrund“ ist aus unterschiedlichen Gründen defizitär. Er ist unzureichend (*under inclusive*), weil er Personen, die z.B. auf Grund von Rasse oder Hautfarbe diskriminiert werden, nicht stets erfasst, etwa Schwarze Deutsche ohne Migrationshintergrund. Er ist überschüssig (*over inclusive*), weil er Personen erfasst, die antidiskriminierungsrechtlich nicht zwingend einer Förderung bedürfen. Daher ist es zutreffender, für Fördermaßnahmen an Kategorien anzuknüpfen, die in Art. 3 III 1 GG und relevanten internationalrechtlichen Rechtstexten normiert sind.

Vielfältige Fördermaßnahmen

Es gibt viele Möglichkeiten, Fördermaßnahmen auszugestalten. Sie können als strikte Quotenregelung konzipiert werden, die etwa an ethnische Herkunft oder Rasse anknüpfen, und diese Merkmale für die bevorzugte Einstellung heranziehen, bis die vorgegebene Quote erreicht ist. Weiter sind Maßnahmen möglich, die auf den Grundsatz der Bestenauslese in Art. 33 II GG aufbauen und nur bei gleicher Qualifikation der Bewerber:innen eine Bevorzugung auf Grund der genannten Merkmale vorsehen. In dieser Variante sind sowohl Regelungen mit strikter als auch mit lockerer Bevorzugung möglich. Das heißt, neben dem relevanten personenbezogenen Merkmal (Rasse, Herkunft, Geschlecht) werden andere Gesichtspunkte berücksichtigt oder auch nicht. Zudem ist es möglich bestimmte Fähigkeiten und Erfahrungen – etwa die sogenannte interkulturelle Kompetenz oder Sprachkenntnisse – als (zusätzliches) Leistungskriterium zu berücksichtigen. Letzter Ansatz kann separat oder kumulativ mit einer der zuvor genannten Varianten kombiniert werden (ausführlich zu einzelnen Möglichkeiten siehe [hier](#)). Diese Regelungstypen bedürfen einer differenzierten rechtlichen Bewertung. Verkürzte und demagogische Diskussionen führen hier nicht weiter.

Der Berliner Vorschlag etwa hielt am Grundsatz in Art. 33 II GG fest und ordnete nur im Falle der gleichen Eignung eine bevorzugte Einstellung von „Menschen mit Migrationshintergrund“ an, zudem unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Damit fügt sich dieses Konzept nahtlos in die gängige und verfassungskonforme Praxis etwa der Förderung von Frauen.

Unterschiedliche Ziele

Die Fördermaßnahmen können schließlich unterschiedliche Ziele verfolgen: Herstellung tatsächlicher Gleichheit, erhöhte Legitimation des staatlichen Handelns durch angemessene Repräsentation verschiedener Bevölkerungsgruppen und Gewährleistung der Pluralität im öffentlichen Dienst als Spiegelbild der Gesellschaft. Die Bestimmung der Ziele ist zwar primär eine politische Frage, aber nicht allein ein Primat der Politik. Auch verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Vorgaben sind zu beachten. Daher wäre es kurz gegriffen, wenn man meint, es handle sich hier um politische Opportunität oder einen wohlwollenden Akt des Staates. Grundlegende normative Vorgaben und Verpflichtungen machen das politische Handeln notwendig. Insbesondere zwei Ziele sind aus rechtlicher Perspektive vital, die nicht zwingend zusammengehören, aber sich wechselseitig bedingen: die Bekämpfung struktureller Diskriminierung und die Gewährleistung der angemessenen Repräsentation verschiedener Bevölkerungsgruppen bei der Beteiligung an und Ausübung der Staatsgewalt.

Es existieren zwar kaum quantitative Studien, die eine strukturelle Diskriminierung bei der Einstellung im öffentlichen Dienst belegen, allerdings gibt es einige Studien, die anhand der Erfahrung von Betroffenen von einer starken entsprechenden Vermutung im allgemeinen ausgehen (vgl. etwa [hier](#)). Im Hochschulbereich gibt es Analysen, die etwa bei der Bewertung der juristischen Staatsexamina

feststellen, dass „Personen mit Migrationshintergrund“ schlechtere Noten erzielen. Diskriminierung als Ursache für die schlechtere Benotung sei nicht auszuschließen (vgl. [hier](#)).

Deutlich hingegen ist die Unterrepräsentation von Personen im öffentlichen Dienst, die auf Grund von Abstammung, Rasse, ethnischer Herkunft, Hautfarbe etc. strukturell benachteiligten Gruppen angehören. Im Jahr 2017 hatten insgesamt 10,7 % der Erwerbstätigen im öffentlichen Dienst einen „Migrationshintergrund“, während ihr Anteil an der Gesamtbevölkerung ca. 23 % betrug. 6,1 % davon waren Deutsche mit „Migrationshintergrund“ und 4,7 % „Ausländer_innen“ (vgl. [hier](#) S. 112). Noch deutlicher dürfte die Unterrepräsentation in der Justiz sein. Hierzu werden aber erst gar [keine Daten erhoben](#), nicht nur in Berlin. Evident unterrepräsentiert sind die genannten Personen auch in der Wissenschaft und damit in der Wissensproduktion und -vermittlung. Das gilt auch für die Rechtswissenschaft. Zwar fehlen hier ebenfalls statistische Daten, aber ein Blick auf die Webseiten der juristischen Fakultäten und Fachbereiche oder auf die Mitgliederliste der „Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“ zeigt das auch ohne entsprechende Studien deutlich. Es geht eben auch um Repräsentation und die Herstellung tatsächlicher Gleichheit in dieser wichtigen Domäne des öffentlichen Dienstes.

Rechtliche Zulässigkeit und Verpflichtung zum Erlass von Fördermaßnahmen

Aber ist es überhaupt rechtlich zulässig, die fraglichen Personen bei der Einstellung im öffentlichen Dienst bevorzugt zu berücksichtigen? Für die Antagonist:innen scheint die Rechtslage eindeutig zu sein. Mit Erwägungen wie Unbestimmtheit des Begriffs „Migrationshintergrund“, Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Unterrepräsentation, dass es keine diskriminierenden Einstellungspraxen im öffentlichen Dienst [gebe](#) oder Fördermaßnahmen für „Menschen mit Migrationshintergrund“ nicht geboten und folglich verfassungswidrig seien, lehnen sie undifferenziert die Zulässigkeit solcher Maßnahmen grundsätzlich ab (siehe etwa [hier](#), [hier](#) und [hier](#)).

Verfassungsrecht

Verfassungsrechtlicher Maßstab ist zunächst Art. 33 II GG. Danach hat „jeder Deutsche“ „nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern“. Es gilt also der Grundsatz der Bestenauslese bzw. der Leistungsgrundsatz, sodass bei der Einstellung im öffentlichen Dienst primär die in Art. 33 II GG normierten Beurteilungsgesichtspunkte herangezogen werden müssen. Das bedeutet aber keineswegs, dass andere Kriterien nicht berücksichtigt werden dürfen. Vielmehr können Belange, die Verfassungsrang haben, in die Entscheidung einbezogen werden, wenn aus dem Vergleich unmittelbar leistungsbezogener Gesichtspunkte kein Vorsprung einer Bewerberin oder eines Bewerbers vorliegt (ständige Rechtsprechung vgl. etwa [hier](#), Rn. 11 mwN).

Diese unumstrittene Rechtsprechung ist weder revolutionär noch eine Besonderheit. Als vorbehaltlos gewährleistetes (grundrechtsgleiches) Recht kann Art. 33 II GG entsprechend der allgemeinen Grundrechtsdogmatik auf Grund des kollidierenden Verfassungsrechts eingeschränkt werden. Deshalb ist es nicht nur möglich, die Gleichbehandlung bei gleicher Eignung einzuschränken, sondern der Leistungsgrundsatz in Art. 33 II GG kann selbst eingeschränkt und eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden. Exemplarisch können Personen, die strukturell diskriminiert und unterrepräsentiert sind, bereits dann bevorzugt werden, wenn sie generell für eine Stelle geeignet sind und sich für die Einschränkung des Grundsatzes in Art. 33 II GG Belange mit Verfassungsrang finden lassen.

Als kollidierendes Verfassungsrecht kommt das Benachteiligungs- und Bevorzugungsverbot des Art. 3 III 1 GG in Betracht. Über den Wortlaut hinaus, entsprechend dem Sinn und Zweck sowie der historischen Formation des Diskriminierungsverbots aus Art. 3 III 1 GG, ist nach umstrittener, aber zutreffender Ansicht, eine Bevorzugung dann zulässig – zumindest aber gerechtfertigt –, wenn sie strukturelle Diskriminierung und Benachteiligung ausgleichen soll (vgl. etwa *Baer/Markard*, Art. 3 III GG, Rn. 407 ff.; *Uerpmann-Witzack*, HStR, § 128 Rn. 46 ff.). Art. 3 III 1 GG umfasst nicht jedwede Bevorzugung, sondern nur solche, die zu der Diskriminierung strukturell und historisch benachteiligter Personen führen. „Zweck des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist es, Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen“, wie das [BVerfG](#) festgestellt hat (Rn. 59). Unzulässig ist deshalb die Begünstigung privilegierter Personengruppen (=Privilegierungsverbot).

Dieses Verständnis des Art. 3 III 1 GG ist auch unter Berücksichtigung des Unionsrechts, der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD) geboten. Nach diesen Regelwerken stellen Fördermaßnahmen keine rechtlich relevante Ungleichbehandlung dar. Art. 1 IV ICERD normiert dies explizit. Danach sind besondere Maßnahmen (*special measures*) keine Diskriminierung, wenn sie dazu dienen gleichberechtigte Inanspruchnahme von Menschenrechten und Grundfreiheiten zu gewährleisten.

Darüber hinaus ergibt sich aus der Gewährleistungsdimension des Art. 3 GG unter Berücksichtigung des internationalen Rechts ein Gebot zur Vornahme von Fördermaßnahmen. Über die Abwehr staatlicher Eingriffe hinaus garantiert er auch die tatsächliche Durchsetzung der Gleichstellung unter Beseitigung bestehender Nachteile (ähnlich, jedoch nur begrenzt auf die Schutzdimension, *Uerpmann-Witzack*, HStR, § 128 Rn. 29 f.). Diese Lesart des Art. 3 III 1 GG mag verfassungsrechtlich disputabel sein, sie ist jedoch unter Berücksichtigung der Schutzpflichtdimension des Art. 14 EMRK und des Art. 2 II ICERD notwendig. Nach diesen Vorgaben sind die Vertragsstaaten verpflichtet, Fördermaßnahmen in Bezug auf Personen vorzunehmen, die strukturell etwa auf Grund von Rasse, Herkunft oder Hautfarbe diskriminiert werden.

Konkret geht es darum, nicht nur Rechtsnormen zu beseitigen, die Nachteile an Merkmale wie Abstammung, Rasse oder Herkunft knüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung durchzusetzen; Art. 3 III 1 GG zielt darauf,

die Lebensverhältnisse tatsächlich anzugleichen. Faktische Nachteile, die typischerweise die genannten Gruppen treffen, dürfen durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden (zu Art. 3 II GG vgl. BVerfG [Nachtarbeitsverbot](#), zu der Zulässigkeit von Fördermaßnahmen bereits vor der Einführung des Art. 3 II 2 GG vgl. BVerfG [Hinterbliebenenrente I](#)).

Festzuhalten ist, dass jedenfalls bei gleicher Eignung Merkmale in Art. 3 III 1 GG als ein Gesichtspunkt herangezogen werden können, um eine begünstigte Einstellung zu rechtfertigen. Grenze und Maßstab für eine Ungleichbehandlung nach Art. 3 III 1 GG ist natürlich die Verhältnismäßigkeit der konkreten Maßnahme.

Unionsrecht

Fördermaßnahmen spielen im europarechtlichen Antidiskriminierungsrecht eine nicht zu unterschätzende Rolle und bestimmte Fördermaßnahmen sind im Unionsrecht schon immer zulässig gewesen. Die Rechtsgrundlage ist gegenwärtig Art. 19 AEUV. In persönlicher Hinsicht beschränkt sich die Norm nicht auf Unionsbürger:innen. In sachlicher Hinsicht kann die EU gesetzgeberisch tätig werden und geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen etwa aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft und der Religion zu bekämpfen. Umfasst ist auch die Vornahme von Fördermaßnahmen, um die tatsächliche Gleichstellung zu gewährleisten. Diesem Auftrag ist die Union unter anderem mit der [Richtlinie 2000/43/EG](#) nachgekommen. Nach Art. 5 können die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis spezifische Maßnahmen beschließen, mit denen Benachteiligungen auf Grund der Rasse und der ethnischen Herkunft verhindert und ausgeglichen werden. Auch hat der EuGH in ständiger Rechtsprechung konstatiert, dass Fördermaßnahmen im Unionsrecht zulässig sind, wenn sie an die Kriterien in Art. 19 AEUV anknüpfen, um die Benachteiligung auszugleichen. Entscheidend ist, dass die Fördermaßnahmen verhältnismäßig sind. Unzulässig sind Vorrangregelungen dann, wenn sie absolut und unbedingt sind (vgl. etwa [hier](#) und [hier](#)).

Internationales Recht

Der EGMR geht auf Grund von Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) ebenfalls davon aus, dass die Bevorzugung strukturell benachteiligter Gruppen nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstößt. Mit anderen Worten liegt bei der Begünstigung einer Personengruppe in Anknüpfung an eines der Merkmale in Art. 14 EMRK keine rechtlich relevante Benachteiligung anderer Personen und damit keine Diskriminierung vor. Darüber hinaus entnimmt der EGMR der Schutzpflichtdimension des Art. 14 EMRK eine positive Verpflichtung von Vertragsstaaten, um historisch und strukturell erwachsene Benachteiligungen auszugleichen. So konstatierte der Gerichtshof beispielsweise: „*positive obligations of the State to undo a history of racial segregation*“ ([EGMR – Horváth and Kiss vs. Ungarn](#), Rn. 127; vgl. auch [hier](#)). Die Schutzpflichtdimension des Art. 14 EMRK entspricht im Ergebnis der Gewährleistungsdimension des Art. 3 III 1 GG. Auch aus der EMRK ergibt sich

also nicht nur die Zulässigkeit von Fördermaßnahmen, sondern es besteht eine Verpflichtung hierzu (siehe dazu [Barskanmaz](#), S. 331 f., 345 f.)

Weitergehend ist ICERD. Dem Übereinkommen ist Deutschland beigetreten, sodass es als unmittelbar geltendes Recht nach Art. 20 III GG bindend ist. Formal hat es zwar wie die EMRK den Rang eines Bundesgesetzes, faktisch hat es aber aufgrund der umfassenden verfassungsrechtlich gebotenen Berücksichtigungspflicht in Anlehnung an die [Görgülü-Entscheidung](#) Verfassungsrang (Quasi-Verfassungsrang). Auch Verfassungsnormen sind daher im Lichte des Übereinkommens so auszulegen und anzuwenden, dass Konflikte mit völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht entstehen.

Wie bereits ausgeführt stellt eine Fördermaßnahme zur Beseitigung struktureller und historisch bedingter Benachteiligung nach Art. 1 IV ICERD keine Diskriminierung dar. Entsprechend dem Sinn und Zweck des Diskriminierungsverbots wird eine Tatbestandsreduktion vorgenommen. Fördermaßnahmen sind rechtlich keine relevante Ungleichbehandlung, wenn sie dazu dienen, bestehende Ungleichheiten auszugleichen (vgl. CERD, [Allgemeine Empfehlung Nr. 32](#) sowie *Gragl*, in: [Angst/Lantscher](#), Art. 1 Rn. 33 ff.).

Darüber hinaus verpflichtet Art. 2 II ICERD die Vertragsstaaten zu besonderen Maßnahmen (*special and concrete measures*), also Fördermaßnahmen, um zu gewährleisten, dass Personen, die u.a. aufgrund der Rasse, Hautfarbe, ethnischen und nationalen Herkunft benachteiligt werden, in vollem Umfang und gleichberechtigt in den Genuss der Menschenrechte und Grundfreiheiten gelangen. Das Konzept der besonderen Maßnahmen zielt darauf ab, Diskriminierungen und Benachteiligungen, die strukturell und historisch bedingt sind, auszugleichen (vgl. CERD, [Allgemeine Empfehlung Nr. 32](#) sowie *Kanalan*, in: [Angst/Lantscher](#), Art. 2 II Rn. 5 ff.). Fördermaßnahmen sind zwingend, wenn sie erforderlich sind. Sie sind erforderlich, wenn eine anhaltende bzw. strukturelle Ungleichheit bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten vorliegt. Dieses materielle Gleichheitsverständnis umfasst Maßnahmen in Bezug auf Beschäftigung im öffentlichen Dienst und Vertretung sowie Beteiligung an den staatlichen Gewalten (vgl. etwa CERD, [Allgemeine Empfehlung Nr. 34](#) sowie *Kanalan*, in: [Angst/Lantscher](#), Art. 2 II Rn. 20 f.). Grundlegende Bedeutung erlangt hier die Notwendigkeit von Datenerhebung über Diskriminierung. In diesem Sinne enthält Art. 2 II (und I: „mit allen geeigneten Mitteln“) sogar eine Pflicht zur Datenerhebung.

Über die unmittelbare Verpflichtung aus Art. 2 II ICERD hinaus hat ICERD unter zwei Gesichtspunkten eine fundamentale Bedeutung für die Auslegung des Art. 3 III 1 GG. Erstens führt Art. 1 IV ICERD dazu, dass Fördermaßnahmen keine Diskriminierung nach Art. 3 III 1 GG darstellen. Wie bereits ausgeführt, muss Art. 3 III 1 GG vertragskonform ausgelegt werden, sodass Begünstigungen, die keine Privilegierung darstellen, nicht unter dem Anwendungsbereich des Art. 3 III 1 GG fallen. Zumindest ist eine Bevorzugung gerechtfertigt. Zweitens hat Art. 2 II ICERD zur Folge, dass die Gewährleistung des Art. 3 III 1 GG in ein Förderungsgebot bzw. in eine Verpflichtung zur Vornahme von Fördermaßnahmen transformiert wird. Fördermaßnahmen nach Art. 3 III 1 GG sind also nicht nur zulässig, sondern auch verpflichtend.

Verteilungs- und Machtkämpfe

So wie Frauenfördermaßnahmen sind Fördermaßnahmen auch für Personen, die etwa aufgrund der Merkmale wie Abstammung, Rasse, nationaler und ethnischer Herkunft, Hautfarbe diskriminiert werden, nicht nur zulässig, sondern auch geboten. Wer also über die Gleichstellung von Frauen spricht, kann nicht schweigen, wenn es um Personen geht, die auf Grund anderer Merkmale, die dem Geschlecht gleichstehen, struktureller Diskriminierung ausgesetzt sind.

Daher ist die politische Forderung nach Fördermaßnahmen notwendig und konsequent. Dass ihre Umsetzung nicht leicht sein wird, zeigen die Abwehrmechanismen und Reflexe der Antagonist:innen. Der Grund hierfür dürfte mehr als die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit sein. Es geht um Verteilungs- und Machtkämpfe. Und die werden auch an Universitäten und insbesondere rechtswissenschaftlichen Fakultäten und Fachbereichen geführt.

